

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 61/2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Hidalgo Abía.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: intervención telefónica: requisitos; vulneración inexistente: acordada por auto motivado, siendo controlada judicialmente; inviolabilidad del domicilio: vulneración inexistente: registros efectuados por la secretario judicial, con asistencia de funcionarios policiales, con presencia del interesado y autorizados judicialmente.

PRUEBA: intervenciones telefónicas: carecen de valor probatorio si las intervenciones telefónicas y las transcripciones policiales que de ellas se hacen no se llevan a la contradicción del juicio.

DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO: vulneración inexistente: no es necesaria la asistencia de letrado para la entrada y registro del domicilio del acusado.

COHECHO: solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto que constituya delito: existencia: funcionario del INSS que proporciona datos personales contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social relativos a particulares o empresas a cambio de una retribución económica que recibe durante un delimitado período de tiempo: delito continuado; dádivas o promesas para corromper a las autoridades o funcionarios públicos: existencia: ofrecer dinero a funcionario del INSS para que les proporcione datos personales contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social relativos a particulares o empresas durante un delimitado período de tiempo: delito continuado.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS: secretos de un particular: existencia.

ERROR: de tipo: vencible: inapreciable.

ESTADO DE NECESIDAD: inapreciable.

*La Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid **condena** a los tres acusados como autores de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de revelación de secretos o información, a las penas, a cada uno por el primer delito, de cuatro años de prisión, multa de 30.050,6 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve años y seis meses, y a la pena, por el segundo delito, de tres años de prisión, multa de 15 meses con una cuota diaria de 6 euros, y suspensión de empleo o cargo público por un tiempo de dos años, imponiéndoles, por ambas infracciones penales, dos sextas partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.*

En Madrid, a veinte de enero de dos mil tres.

Visto en juicio oral y público ante la Sección XVI de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado 81/02 procedente del Juzgado de Instrucción 3 de Colmenar Viejo, Rollo de Sala 61/02, seguido de oficio por delitos continuados de cohecho y de revelación de secretos, contra Benjamín, nacido el 21-7-1953 de cuarenta y nueve años de edad; hijo de José Antonio y de María Inmaculada, natural de Barcelona y vecino de Madrid, de estado divorciado, de profesión funcionario, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa mediante la prestación de fianza de 1.000.000 de pesetas; contra Germán, nacido el 10-3-1953, de cuarenta y nueve años de edad, hijo de Juan y de Emilia, natural de Berlanga (Badajoz) y vecino de Madrid, de profesión asesor fiscal, sin antecedentes penales, y en libertad provisional por esta causa mediante la prestación de fianza de 1.000.000 de pesetas; y contra Donato, nacido el 10-12-1955, de cuarenta y siete años de edad, hijo de Juan y de Emilia, natural de Berlanga (Badajoz) y vecino de Madrid, de profesión detective privado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa.

Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, como acusación particular la Administración de la Seguridad Social, defendida por la letrado doña Ana Isabel Martínez Muñoz, y dichos acusados representados, respectivamente, por

los procuradores don Braulio Matellano Martín, don Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros y don Juan Manuel Mansilla García, y defendidos, respectivamente, por los letrados don José Luis López García, don Ignacio Andarías Moriño y don Juan Carlos Martín del Monte. Siendo ponente el Magistrado Don MIGUEL HIDALGO ABIA, Presidente de esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Ministerio Fiscal y defensa de la Administración de la Seguridad Social, en sus conclusiones definitivas, calificaron los hechos procesales como constitutivos de las infracciones penales siguientes:

A) De un delito continuado de cohecho, previsto y pechado en los artículos 419 y 74 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

B) De un delito continuado de cohecho, previsto y penado en los artículos 423.1º y 74 del Código Penal.

C) De un delito continuado de revelación de secretos, previsto y penado en los artículos 417.2 y 74 del Código Penal.

Reputando responsable, en concepto de autor, a Benjamín respecto de los delitos de los apartados A) y C).

Considerando responsables, en concepto de autores, a Germán y a Donato respecto del delito del apartado B) y también autores por inducción respecto del delito del apartado C).

Entendiendo que no concurrían en ninguno de los tres circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitaron se les impusiera las penas siguientes:

- A Benjamín, por el delito del apartado A), la pena de 4 años y 2 meses de prisión, multa de 5.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 años; y, por el delito del apartado C), la pena de 3 años de prisión, multa de 16 meses, a razón de una cuota diaria de 1.000 pesetas, sujeta a la responsabilidad persona subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53.1º del Código Penal, suspensión de empleo o cargo público por un tiempo de 2 años y pago de costas.

- A Germán y a Donato, por el delito del apartado B), la pena a cada uno de 4 años y 2 meses de prisión y multa de 5.000.000 de pesetas; y, por el delito del apartado C), la pena a cada uno de 3 años de prisión, multa de 16 meses, a razón de una cuota diaria de 1.000 pesetas, sujeta a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53.1º del Código Penal, suspensión de empleo o cargo público por un tiempo de 2 años y pago de costas.

SEGUNDO La defensa de Benjamín, en sus conclusiones también definitivas, admitió la comisión por parte de su defendido de un delito de cohecho del artículo 420 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), no del artículo 419 como viene acusado, y de un delito de revelación de secretos del artículo 417.2. Entendiendo que debía apreciársele el artículo 14.1, en su modalidad de error vencible, castigando las infracciones como imprudente, con concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad.

TERCERO Las respectivas defensas de Germán y de Donato, en sus conclusiones igualmente definitivas, se mostraron disconformes con las acusaciones por estimar que sus defendidos no habían cometido hecho delictivo alguno, interesando su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Desde mediados del años 1998, aproximadamente y desde, al menos, el 1-9-1998, Germán, mayor de edad sin antecedentes penales, con domicilio en la calle DIRECCIÓN 000 NUM 000, NUM 001, de la localidad de Tres Cantos (Madrid), propuso a Benjamín, mayor de edad y sin antecedentes penales, conociendo su condición de funcionario de carrera de la Seguridad Social, adscrito al CAISS número 28 de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, sito en la localidad de Colmenar Viejo, que le facilitara datos de personas y empresas afiliadas a la Seguridad Social, tales como altas x bajas de estar personas, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales, TC 2 y, nombres y datos de personas que con determinada categoría profesional formaban parte de una concreta empresa. Datos contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social, por serle de utilidad a Germán en el desempeño de su actividad de asesor fiscal y consultor de empresas, en beneficio de sus clientes, profesión que desempeñaba bajo el rótulo de VASEM, Asesores de Empresa. Todo ello a cambio de una compensación económica, lo que aceptó Benjamín, proporcionando, hasta el mes de febrero de 2000, a Germán tales datos, contenidos en los listados que lanzaban las impresoras conectados a los ordenadores del CAISS de referencia, que le entregaba en sobres oficiales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y que introducía en el buzón del citado domicilio en Madrid. Dándole a éste en ocasiones los datos por teléfono cuando Germán se los requería directamente por tal vía, aunque por lo general Germán facilitaba a Benjamín relación por escrito de personas y empresas cuyos datos le interesaban y que éste le facilitaba en aquella forma expresada. Recibiendo Benjamín de Germán una compensación económica mensual oscilante entre 140.000 y 150.000 pesetas.

Alrededor del mes de septiembre de 1999 Germán presenta a Benjamín a su hermano Donato, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual, conocedor de la relación que unía a aquéllos y de los datos que Benjamín facilitaba a su hermano Germán aprovechando su condición de funcionario del instituto nacional de la Seguridad

Social, le pidió a Benjamín que también a él le facilitara tales datos de personas y empresas, en beneficio de los clientes de la empresa para la que trabajaba Winterman Solvimar, dedicada a la investigación privada. Tras tal contacto Benjamín empezó a proporcionar a Donato los datos que le requería, bien directamente por vía telefónica, bien a través de su hermano Germán. Percibiendo entre 15.000 y 17.000 pesetas por los datos de cada persona o entidad facilitados e fueron entre diez y doce mensualmente desde la fecha de la proposición hasta el mes de febrero de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Llegar a una convicción teniendo en cuenta la actividad probatoria desarrollada legítimamente en el acto del juicio oral es tarea especialmente complicada pero imprescindible para que la justicia penal se realice.

En el capítulo de los hechos probados o juicio histórico, el juzgador debe proyectar en la sentencia, como si de secuencias cinematográficas se tratara, cuáles son los acontecimientos que, habiendo desfilado contradictoriamente ante él, se han acreditado como ciertos de manera suficiente. Se trata de un proceso de selección riguroso, de una criba de cuanto por el juzgador ha discurrido, en una tarea en la que ha de aplicar las reglas de la lógica, de la psicología y las de la experiencia del comportamiento humano.

Llegado el momento de la valoración de la prueba, el Tribunal ha de enfrentarse con el problema complejo de decidir qué es lo que está probado y en qué términos, siempre, no hay que decirlo, que la actividad probatoria haya advenido por cauces de legitimidad. Siendo en este punto donde incide la problemática de la presunción de inocencia, pues sólo cuando se haya producido actividad probatoria de cargo, es decir, de signo inequívocamente acusatorio y razonablemente suficiente, de forma procesal constitucionalmente correcta, cabe dar como probado el hecho mismo y la participación del acusado (STC 229/1988, de 1 de diciembre [RTC 1988\229]).

El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836), se asienta, según ha reiterado el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 31/81, de 28 de julio (RTC 1981\31), sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, y, por otro, que esta apreciación ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, practicada con las debidas garantías.

La presunción de inocencia se sitúa, pues, en el marco de los hechos respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismos, no alcanzando, por ello, el mencionado derecho constitucional a las valoraciones jurídicas o calificaciones que los órganos judiciales puedan establecer a partir de los hechos que, tras la actividad probatoria, queden establecidos como probados (STC 6/87, de 28 de enero [RTC 1987\6] y Auto TC de 30 de octubre de 1989).

Así las cosas el tribunal no sólo debe declarar lo que estime probado, sino que debe razonar también por qué ha llegado a esa conclusión, especialmente cuando de prueba indirecta se trata. Las resoluciones judiciales han de ser actos de voluntad, razonados y razonables. No pueden ser un ciego «orden y mando», sino una construcción armónica, lógica, coherente con las reglas de la experiencia y ajustadas en todo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO Precisado lo que antecede y en íntima relación, estima este Tribunal que, por razones de lógica y de sistemática, se ha de examinar la cuestión de nulidad de las intervenciones telefónicas y de la prórroga que, en relación a los hechos enjuiciados, se han efectuado y que predicen las defensas de los tres acusados, con alegación de vulneración de derechos fundamentales, cuales son el secreto de las comunicaciones y de tutela judicial por falta de control y garantía judicial.

Las sentencias del Tribunal supremo de fechas 19 (RJ 1998\72) y 20 de enero (RJ 1998\75), 3 (RJ 1998\723), 4, 7, 11 y 20 de febrero, 3 y 22 de abril, 11 de mayo, 29 de julio, 21, 23 28 de septiembre, 23 de octubre (RJ 1998\8718), 10 (RJ 1998\8616) y 23 de noviembre (RJ 1998\9198) y de Tribunal Constitucional 121/1998 de 15 de junio (RTC 1998\121), 49/1999 5 abril (RTC 1999\49), a las que a su vez se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8943), señalan que en las intervenciones telefónicas son principios básicos, sin cuya observancia se produce la vulneración del derecho fundamental, los siguientes:

1) La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

2) La finalidad exclusivamente probatorio de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1994 [RJ 1994\7205]).

3) La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (Auto de 18 de junio de 1992 [RJ 1992\6102]).

4) Fundamentación de la medida, en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación. Desde el primer punto de vista es exigible que (como expresa también la STC 7/1994, de 17 de enero [RTC 1994\7], que aunque dictada sobre tema distinto establece una doctrina genérica sobre tal principio) exista una proporción entre la intromisión que

esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella. Proporcionalidad que el TEDH ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y «proporcionada a la finalidad legítima perseguida»-SSTEDH de 7 de diciembre de 1976 (PROV 2000\311058) (caso Handyside); 26 de abril de 1979 (TEDH 1979\1) (caso-The Sunday Times»); 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988\2 (Caso Olsson); 21 de junio de 1988 (TEDH 1988\3) (caso Berrehab), etc- y que la S. de esta Sala de 25 de junio de 1993 (RJ 1993\5244) matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo. En cuanto a la motivación de la autorización judicial que habilita y legitima la intervención, en los términos del art. 18.3 CE (RCL 1978\2836), aparte de ser exigencia genérica impuesta a toda resolución judicial por el art. 120.3 CE, resulta mucho más necesaria en los casos en que la decisión del Juez afecta a derechos fundamentales, como señaló la STC 56/1987, de 14 de mayo (RTC 1987\56), al recordar que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CE (RCL 1978\2836), el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho».

Sin embargo, y sin renunciar a tal exigencia, esta Sala la ha matizado en un doble sentido: Primero, que en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a la averiguación y descubrimiento del delincuente (art. 126 CE), el «fumus boni iuris» tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala la STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993\341), la autorización judicial es defensiva de la flagrancia, pues en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, evidencia no exigible en otro caso (STS 7 de mayo de 1994 (922/94) (sic), ya citada), lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios no meras sospechas o conjeturas del delito que se investiga y que ésta por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba; y segundo, que aunque lo correcto y deseable es que los fundamentos de la medida se expresen en el auto que la acuerde, no puede negarse la existencia de motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el porqué del acuerdo (STS 5 julio de 1993 [RJ 1993\5875]), con lo que la remisión a las razones de la solicitud, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial.

5) Especialidad; principio que significa que «no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos» y que «no es correcto extender autorización, prácticamente en blanco» (ATS de 18 de junio [RJ 1992\6102], citado) exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SSTS 2 de julio de 1993 [RJ 1993\5703] y 21 de enero de 1994 [RJ 1994\89]); así como que no puede renunciarse a investigar la «noticia criminis» incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (STS 15 de julio de 1993 [RJ 1993\6089]).

6) Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último, es al Juez y no a la Policía a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad.

7) La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) autoriza (art. 579.3º) periodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (Sentencia de 9 de mayo de 1994 [RJ 1994\3627]).

8) La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones, la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste (Sentencias de 25 de junio de 1993 [RJ 1993\5244] y 25 de marzo de 1994 [RJ 1994\2592]).

Todos los requisitos señalados concurren en el supuesto de autos. Así la investigación se inicia en julio de 1999 por la Unidad Central de Policía Judicial, Sección de Investigación de la Seguridad Social, Grupo Primero, a requerimiento de la Inspección de Servicios del Instituto nacional de la Seguridad Social y de la auditoría que la Tesorería General de la Seguridad Social había efectuado con motivo de la denuncia que ante ella formuló doña María Angeles con motivo de haber sido aportados, por su marido don Cosme en un procedimiento de modificación de efectos de divorcio que promovió el 25-1-99, datos relativos a su vida laboral desde el 1-5-91 al 1-9-98, sin que solicitara ella, ni autorizara la expedición de tales datos.

La investigación de tal denuncia no sólo revela que el funcionario Benjamín solicitó datos de la vida laboral de doña María Angeles, sin que, tramitara expediente que justificara tal petición, en tres ocasiones, una el 18-9-98 y otras dos el 21-9-98, sino también que efectuaba un número de consultas desproporcionado a la media mensual del resto de los funcionarios de un mismo centro, pues mientras los de éstos se sitúa en un volumen medio de 120 a 280 consultas mensuales, él efectuaba un promedio de 1.150 consultas mensuales que no tenían en gran medida una justificación profesional.

Tales datos suscitan a los investigadores policiales la sospecha de que, en su caso, pudiera estar tal funcionario cediendo, vendiendo o comercializando tales datos que obtenía prevaleciéndose de su condición de funcionario del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Por cuya razón, y a fin de obtener una mayor certeza, se le somete a una vigilancia y seguimiento durante días, en concreto el 13, 14, 15 y 20 de julio de 1999, que revela que a la finalización de su jornada de trabajo salía de su centro se dirigía a la localidad de Tres Cantos, en donde en la DIRECCIÓN 000 NUM 000, tras llamada con su móvil, contactaba con un hombre al que hacía entrega de sobres cuyo color y formato se correspondían con los utilizados por la Seguridad Social, conteniendo documentos de mayor tamaño que el sobre, por estar doblados y arqueados, o que sugería pudiera tratarse de papel continuo de impresora, matricial obtenidos del sistema informático de la Seguridad Social.

Obtenida la evidencia que representaba el elevado número de consultas informáticas que hacía el funcionario en cuestión, desproporcionado a su función y sin justificación, así como la constatación de que diariamente, al menos aquellos que fue objeto de seguimiento, hacía entrega de documentos a un tercero, se elabora el oportuno atestado, el cual causa entrada en el Decanato de los Juzgados de Colmenar Viejo el 4-8-99. Siendo turnado al Juzgado de Instrucción 3 de dicha localidad, el cual incoa Diligencias Previas 1609/99 con fecha 14-9-99, en la que a la vista de tal atestado y de la abundante documentación y datos que con el se aportan, sumando aquél y ésta 51 folios, otorga mediante dos autos motivados de fecha 14 y 20-9-99 (folios 55 y 58) la intervención de los teléfonos NUM 002 y NUM 003, respectivamente, por ser éstos los que Benjamín tenía indicados en su lugar de trabajo, el último por ser el del domicilio que en su ficha profesional tenía indicado, y el otro, para contactar con él.

La materialización de la intervención del teléfono NUM 003 tiene lugar el 23-9-99 y la misma revela que ya no vive Benjamín en tal domicilio por haberse separado de su esposa doña Amparo, titular de la contratación telefónica, tal como contemplaba el auto de fecha 20-9-99. Razón por la que de inmediato, con fecha 5-10-99, la Policía pide el cese de tal intervención (folio 64), la cual es acordada por auto del día siguiente (folio 66).

De la intervención del teléfono NUM 002 no se produce conversación ni tráfico alguno. Averiguándose que su titular no es Benjamín, sino otra persona. Por cuya razón, insistimos sin que se derive de ella intervención efectiva, la Policía pide rápidamente su cese el 13-10-1999 (folio 81), explicando que supuestamente se ha producido un error al consignar alguno de los dígitos el citado funcionario al ser informatizado por la Seguridad Social. Acordándose su cese por auto al día siguiente (folio 88).

Requerida Telefónica por el Juzgado instructor para que facilitara las líneas telefónicas que tiene contratadas Benjamín, informa ésta a la Policía que tiene a su nombre los teléfonos NUM 004, lo que revela el error del que fuera intervenido como NUM 002, el NUM 005 y el NUM 006. Por cuya razón los investigadores policiales piden su intervención el 28-10-1999 (folio 96) y se les concede por auto de día siguiente (folio 104).

La intervención de los teléfonos NUM 004 y NUM 006 no, pudo efectuarse por haber causado baja, el primero antes de efectuarse (10-11-99), y el segundo antes incluso de acordarse la intervención (15-1-97), tal como aparece acreditado por comunicación de Telefónica obrante a los folios 115 y 116.

La intervención efectiva del teléfono móvil NUM 005 no tuvo lugar por razones técnicas (folio 115) hasta el 5-1-00 (folios 162, «in fine», y 172). Registrándose de inmediato llamadas que tenía lugar entre Benjamín y un tal Germán y Donato, los cuales solicitan y obtienen de aquél telefónicamente numerosos datos referidos a personas y a empresas, existentes en el sistema informático de la Seguridad Social. Circunstancia que participa la Policía al Juzgado instructor en oficio de fecha 1-2-00, pidiendo la prórroga de tal intervención (folio 172), la cual es concedida por auto del día siguiente (folio 176).

La Policía da cuenta periódicamente del resultado de las investigaciones y, con fecha 15-2-00, remite al Juzgado instructor las seis cintas originales grabadas con las conversaciones derivadas de la intervención de tal teléfono móvil número NUM005. Adjuntando la transcripción íntegra de las conversaciones que guardan relación con los hechos investigados, sin perjuicio de hacer reseña de las que no se contraen a ellos (folios 195 a 305). Aportando al Juzgado, a petición del mismo y con fecha 23-2-00, un aparato UHE para que pudiera oír las cintas, dado que eran las originales grabadas sobre tal sistema (folio 317).

El 28-2-00 la Policía efectúa atestado ampliatorio, dan cuenta al Juzgado instructor, de manera pormenorizada y documentada del resultado de las investigaciones, aportándole 2 nuevas cintas originales con las conversaciones intervenidas del teléfono de referencia, NUM 005, cuyas transcripciones igualmente se incorporaban folios 350 a 393).

El reseñado y cronológico acontecer de lo acontecido en orden a las intervenciones telefónicas, aunque sólo del móvil NUM005 fue efectiva o real, revela que estaban justificadas a los fines de comprobación, no de meras sospechas sino de indicios serios y racionales de delito, en principio de revelación de secretos. Apareciendo aquéllas como necesarias y proporcionales para comprobar y corroborar la certeza de tales indicios, para obtener pruebas de su comisión y para determinar los diversos autores o partícipes delictivos.

Se adoptaron por la Autoridad judicial con ponderación de los datos y documentos que se le aportaban, en resoluciones judiciales motivadas. Se dio cuenta a dichas Autoridad periódicamente de lo que iba aconteciéndose y descubriéndose, accediéndose a una única prórroga del teléfono móvil objeto de intervención material.

Se remitieron a la Autoridad judicial las cintas originales, junto con sus transcripciones íntegras de las conversaciones relativas a los hechos enjuiciados. Facilitándole a la misma, a requerimiento de ella, el aparato UHER que permite su audición judicial procedió a tal audición y verificación de las transcripciones efectuadas,

extendiendo dos diligencias, obrante la primera al folio 856, dando cuenta de la fidelidad de la transcripción de las ocho primeras cintas, y obrante la segunda al folio 1112, dando cuenta de la fidelidad de las transcripciones de las conversaciones derivadas de esas ocho cintas y de otras dos más corresponden al referido teléfono NUM 005; ello sin perjuicio de verificar el resumen sin interés de las grabaciones derivadas del teléfono NUM003, que, recordemos, era el que estaba en el que fue domicilio conyugal de Benjamín y cuya intervención cesó tan, pronto se tuvo noticia que el mismo ya no vivía en él. Hubo, pues, control judicial, no hay vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, tampoco nulidad de las intervenciones telefónicas. Apreciación que lleva a la conclusión de que la investigación policial se desarrolló de manera lícita, autorizada judicialmente, proporcional y necesaria a los fines del descubrimiento y comprobación de un delito grave, que causa conmoción, en cuanto a la violación que representa en el ámbito de la intimidad de los ciudadanos y, del que existían indicios racionales de estar implicado, de manera importante el usuario o titular de tales teléfonos intervenidos.

TERCERO La legalidad constitucional analizada de las intervenciones telefónicas no es óbice para que por razones de legalidad ordinaria procesal no puedan ser tenidas en cuenta como prueba valorable por este Tribunal al no haberse llevado su contenido a la contradicción del juicio, bajo el principio de igualdad de partes, de modo que se respete un principio tan esencial en la práctica de la prueba, cual es el derecho de defensa.

Entendiendo al respecto esta Sala que el atestado sólo tiene el valor de mera denuncia y ello como consecuencia de que su naturaleza es la de un acto de comunicación por el que la policía pone en conocimiento del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal la noticia delictiva y las actuaciones que se hayan practicado. Siendo estas «diligencias a prevención».

La subordinación de las diligencias practicadas por la policía a las sumariales es el resultado lógico de un proceso de naturaleza mixta, en el que la preparación del juicio corre a cargo del Juez de Instrucción. Si se goza de dicha garantía no tiene sentido que se atribuya más valor que el indicado a las actuaciones policiales, es de preparación o incoación del sumario.

El atestado no es, pues, prueba, sino el objeto de la prueba. Y aunque el atestado es un documento, no por ello las actuaciones en él contenidas gozan de carácter de prueba documental.

Y así, del mismo modo que lo visto y oído por un agente policial y plasmado en un atestado, no es prueba si no depone en juicio como testigo y se somete a la contradicción de las partes, bajo los principios de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción e igualdad de partes, tampoco lo son las observaciones telefónicas y las transcripciones policiales que de ellas se hacen, si no se llevan a la contradicción del juicio.

Contradicción y aportación al juicio que debe efectuarse mediante la audición de las cintas en la vista ante los inculcados, defensores y acusadores, bajo la presidencia del órgano judicial, individual o colegiado. Sistema que es el correcto y deseable siempre, pero que puede suplirse por la transcripción de las cintas por fedatario, judicial, en el caso de previas transcripciones policiales autenticando éstas, esto es dando fe, tras su audición y confronta con las transcritas que éstas se corresponden con la realidad de las conversaciones recogidas en el soporte magnético. En cuyo supuesto la lectura de tales transcripciones averdadas es prueba y permite su valoración por el órgano jurisdiccional, tal como en el presente caso ha acontecido.

CUARTO Procede igualmente, por idénticas razones de lógica y sistemática, examinar con carácter previo al fondo la cuestión de nulidad planteada por las defensas en relación a los registros efectuados, estimando las mismas que vulneraron el derecho de defensa al practicarse sin la presencia de letrado, pese a encontrarse detenido ya sus defendidos, así como la inviolabilidad del domicilio al vivir, en el caso de Germán, también otra persona en su casa.

Al particular, este Tribunal estima, en primer término, que las autorizaciones judiciales de entradas y registros estaba justificada por todas las razones ya explicitadas en el fundamento segundo y porque era medio necesario y proporcional para obtener pruebas de los hechos objeto de investigación.

Resultando de toda evidencia que no se atenta contra la inviolabilidad del domicilio cuando la Autoridad judicial acuerda, bajo los presupuestos indicados, la entrada y registro de una vivienda por el hecho de que, por tratarse de un domicilio familiar, en el que vivan otros miembros de la familia, pues la orden y su materialización no busca en esencia invadir sin justificación su ámbito de privacidad, sino impedir la impunidad de un delito y otra ocultación de pruebas que, en este caso, nada tenían que ver con la de su familia, sino con la evicción de que se continuase invadiendo la vida privada de las personas cuyos datos reservados se estaban comercializando y revelando.

En orden a la no presencia de letrado en los registros efectuados estanco ya los implicados detenidos, este Tribunal estima que el artículo 17.3 de la Constitución (RCL 1978\2836) «garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca». Y el desarrollo de tal garantía constitucional se encuentra en el artículo 520.2 c) de la Ley de enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), que establece el derecho del detenido o preso a designar y solicitar la presencia de abogado para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

La ausencia, pues, de letrado en los registros no se hace precisa para la validez de la diligencia, por cuanto ni el artículo 17.3 de la Constitución, ni el 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigen dicha presencia. Siendo éste el criterio que constituye doctrina reiterada y pacífica del Tribunal Supremo (SSTS 23-10 [RJ 1991\7355] y 10-12-91 [RJ 1991\9116], 4-12-92 [RJ 1992\9928], 17-2 [RJ 1993\1347] y 17-3-93 [RJ 1993\2326], 7-12 [RJ 1994\9802] y 16-12-94 [RJ 1994\10159], 27-2-99 [RJ 1999\516], 13-6-00 [RJ 2000\5257] y 13-9-00, entre otras).

Los registros eran, pues, necesarios, estaban justificados, fueron autorizados judicialmente, se efectuaron por el secretario judicial, con asistencia de funcionarios policiales, con presencia del interesado y con cumplimiento de cuantas formalidades están previstas en la Ley. Siendo, en consecuencia, de plena valoración lo encontrado en los mismos, averado por la fe pública judicial que ostenta el secretario judicial, sin perjuicio del testimonio que al respecto de los registros efectuados en juicio los funcionarios policiales NUM 007, NUM 008 y NUM 009.

Documentos los encontrados en los registros que, en parte, están unidos a la causa y, en otra, constituyen las piezas de convicción anejas a la misma y que las partes han tenido a su disposición en el curso del procedimiento, de haberlas querido examinar, y en el acto del juicio por estar presentes en la sala a la vista de todas ellas.

QUINTO Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de las infracciones penales siguientes:

A) De un delito continuado de cohecho, previsto y penado en los artículos 419 y 74 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777). Tipo delictivo que comete el funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito.

Elementos configuradores del tipo que concurre en el funcionario del Instituto Nacional de la Seguridad Social que, prevaleciendo de su cargo y de su capacidad de acceso al sistema informático de la Seguridad Social, proporciona datos contenidos en el mismo, tales como altas y bajas de personas físicas y jurídicas, prestaciones que reciben, deudas que tienen, domicilios particulares y laborales, TC2 y nombres y datos de personas que con determinada categoría profesional formaban parte de una concreta empresa. Revelación que es constitutiva de delito autónomo y que tal funcionario efectuaba a cambio de un retribución económica que recibió durante un delimitado período de tiempo. Siendo indiferente que sea el funcionario o el particular quien tome la iniciativa en este caso (SSTS 4-10-90 [RJ 1990\7650], 8-10-91 [RJ 1991\7273], 29-10-92 [RJ 1992\8609], 18-1 [RJ 1993\126] y 21-5-93 [RJ 1993\4244]).

Siendo de apreciar la modalidad de continuidad delictiva, contemplada en el artículo 74 del Código, penal. Ello por darse los siguientes requisitos: a) un mismo sujeto activo de todas las acciones realizadas; B) un dolo unitario o único designio; c) homogeneidad del bien jurídico protegido; d) semejanza de precepto penal violado y e) conexión espacio-temporal (SSTS 26-3 [RJ 1991\2457], 4-7 [RJ 1991\5529] y 16-9-91 [RJ 1991\6198], 29-1-92 [RJ 1992\579] y 21-5-93, entre otras).

B) De un delito continuado de cohecho, previsto y penado en los artículos 423.1º y 74 del Código Penal.

Tipo delictivo que cometen los que, con dádivas, presentes ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos.

Elementos configuradores del tipo que concurre en los particulares que proponen a un funcionario, conocimiento su condición, les proporcione los datos antes expresados y relativos al ejercicio de su cargo, a cambio de una retribución económica, la cual le satisfacen a medida que se les facilita durante un largo período de tiempo.

Siendo de apreciar la modalidad de continuidad delictiva, contemplada en el artículo 74 del Código Penal, por darse, también en este caso, los requisitos reseñados en el apartado A) que antecede.

C) De un delito continuado de revelación de secretos, previsto y penado en los artículos 417.2 y 74 del Código Penal.

Tipo delictivo que comete la autoridad o funcionario público que revelase secretos o informaciones de los que tengan conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados.

Distinguiendo tal precepto en orden a su penalidad si de la revelación resultare grave daño para la causa pública o si se tratare de secretos de un particular.

Conforme al artículo 11 de la Ley 42/94, de 30 de diciembre (RCL 1994\3564 y RCL 1993, 515), se modifica el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825), en su número 6, establece que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones recaudatorias, tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines recaudatorios encomendados a la Tesorería General de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo a las Administraciones Tributarias, a efectos de cumplimiento de obligaciones tributarias o para la investigación y persecución de delitos públicos. Añadiendo que cuantas autoridades y funcionarios tengan conocimiento de estos datos o informes, estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados.

Las normas para solicitar informe de vida laboral de una persona están sujetas a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999\3058), de Protección de Datos de Carácter Personas; puesto que los datos que contienen los informes de vida laboral con datos personales que se encuentran especialmente protegidos.

Revelación de datos relativos a la vida laboral de las personas que ya ha sido objeto de sanción como delitos continuados de cohecho y revelación de secretos por la jurisprudencia del Tribunal supremo, representada, en otras, por sus sentencias de fecha 21-5-1993 (RJ 1993\4244) y 4-12-2000 (RJ 2000\10178).

Se trata de un delito especial propio que exige la contradicción de autoridad o de funcionario del sujeto activo o actor principal y directo, pero no para las restantes formas de participación.

La participación de un extraño en la acción legítima de los funcionarios públicos es siempre posible cuando se comprueba, como es el caso, que aquel ha sido el factor desencadenante de la acción y se incorpora decisivamente a la causación del delito.

Hay, por ello, una conexión incuestionable y directa entre el funcionamiento y los dos particulares, pues a solicitud de éstos se confabulan para que aquel acceda a los datos o información, se la proporcione a éstos a los fines de su utilización en sus respectivos trabajos de asesor fiscal o consultor de empresas y detective privado, respectivamente.

Siendo igualmente de apreciar la modalidad de continuidad delictiva, contemplada en el artículo 74 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), por darse los requisitos reseñados en el apartado A) de este fundamento.

SEXTO De los delito del apartado A) y C) del fundamento que antecede es responsable, en concepto de autor, Benjamín, por la participación material, voluntaria y directa que tuvo en su ejecución.

Del delito del apartado B) del fundamento anterior son responsables, en concepto de autores directos, Germán y Donato, los cuales son también responsables, en concepto de autores por inducción, del delito del apartado C) del citado fundamento quinto.

De la prueba practicada en autos y en el solemne acto del juicio de instancia resulta plenamente acreditada en autos la participación criminal reseñada de los tres acusados. Evidenciando que fue, en principio, Germán el que propuso a Benjamín, conociendo su condición de funcionario de la Seguridad Social, adscrito al CAISS número 28 de la Dirección Provincial del Instituto nacional de la Seguridad Social de Madrid, sito en la localidad de Colmenar Viejo, que le facilitara datos de personas y empresas afiliadas a la Seguridad social. Datos contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social y que al citado Manuel le eran de utilidad en el desempeño de su actividad de asesor fiscal y consultor de empresas, en beneficio de sus clientes.

Propuesta que, a cambio de una compensación económica, aceptó el funcionario de referencia, el cual, durante, al menos, un año y medio, suministró tales datos a Germán, el cual pagó a Benjamín entre 140.000 y 150.000 pesetas mensuales.

Igualmente aparece acreditado que alrededor del mes de septiembre de 1999 Germán presenta a Benjamín a su hermano Donato, el cual, conocedor de la relación que unía a aquéllos y de los datos que Benjamín facilitaba a su hermano Germán aprovechando su condición de funcionario del Instituto Nacional de la Seguridad Social, le pidió a Benjamín que también a él le facilitara tales datos de personas y empresas, en beneficio de los clientes de la empresa para la que trabajaba como detective privado.

Propuesta que Benjamín aceptó, proporcionando tales datos a Donato durante unos seis meses, el cual le pagó entre 15.000 y 17.000 pesetas por los datos de cada persona o entidad facilitados, que fueron entre diez y doce mensualmente.

Constituyen pruebas de la reseñada participación criminal de los tres acusados las siguientes:

1 La confesión que, de manera detallada y pormenorizada, presta Benjamín ante la Policía obrante a los folios 471 a 478, y que ratifica a presencia judicial a los folios 489 y 490. Haciendo reconocimiento de los hechos en la forma que se consigna en el epígrafe de hechos probados de esta sentencia, los cuales en esencia admite en juicio, si bien ya de una manera más mediática y parcial.

Debiendo destacarse a fin de evitar repeticiones innecesarias, los siguientes extremos de aquellas confesiones

- Expresa que efectuó tales hechos a petición y ofrecimiento económico primero de Germán y luego de Donato (folios 472 y 473).

- Admite que tanto Germán como Donato conocían su condición de funcionario de la Seguridad Social, que obtenía los datos del sistema informático de tal organismo (folio 475).

- Reconoce y cuantifica el dinero que recibió de los otros dos acusados, en compensación de los datos que les suministraba (folio 474).

- Admite que «conocía que era delictivo pasar este tipo de información» (folio 490).

- Reconoce que, sin perjuicio de los listados de personas o entidades a consultar que le entregaba en mano Germán, tanto éste como Donato. También le pedían datos por teléfono y se los facilitaba él por tal medio «si en ese momento se encontraba el disiente en su puesto de trabajo con el ordenador conectado» (folios 473, 474 y 476).

2ª) La confesión que Donato presta ante la Policía (folios 613 a 615) y ante el Juzgado (folio 723), reconociendo que recibía de Benjamín datos relativos a la Seguridad Social y que le pagaba por ello.

Debiendo de destacarse, a fin de evitar reiteraciones, los siguientes extremos:

- Admite que solicitaba datos a Benjamín a través de un teléfono móvil de éste (folio 614).
- Expresa y cuantifica tanto los datos que pidió y que le fueron facilitados, así como el importe que pagó por ellos (folios 615 y 723 vuelto).
- Reconoce que la información que le facilitaba Benjamín «la utilizaba para las investigaciones y posterior informe que realizaba sobre una persona, a petición de sus clientes» (folios 615 y 723 vuelto).

3ª) El contenido de las conversaciones intervenidas del teléfono móvil de Benjamín número NUM 005, transcritas por la Policía, y adverbadas las transcripciones por la fe pública judicial, revelan de manera inequívoca e incuestionable que Germán y Donato solicitaba telefónicamente datos relativos a la Seguridad Social de personas y entidades, que a veces les eran facilitados por Benjamín a través del teléfono, tras consultar en ese instante su ordenador de acceso al sistema informático de la Seguridad Social. Revelando igualmente que conocían la condición de funcionario de Benjamín y que accedía a los datos desde su puesto de trabajo (folios 199 a 305, 350 a 393, 732 a 763, 856 y 1112).

4ª) Los dos sobres oficiales y su abultado contenido de listado oficial de datos consultados ocupados en poder de Germán en el momento de su detención, tras recogerlos del buzón del inmueble en que tiene su domicilio, en donde habían sido depositados poco antes por Benjamín. Depósito confesado por Benjamín y posesión admitida por Germán (folios 499 a 566, 475, 481 y 495).

Reconociendo Benjamín en juicio tales sobres y su contenido como los depositados por él en el buzón de Germán, el cual también en tal acto admitió su posesión.

5ª) En el momento de la detención se ocupa a Benjamín el teléfono móvil marca Motorola número NUM005, que es el que fue objeto de intervención efectiva (folio 470). Hecho admitido en juicio por el mismo.

Figurando que ha tenido tal teléfono tráfico de llamadas con los teléfonos móviles NUM010 y NUM011, que según confiesa Benjamín eran los números de contrato con Germán y Donato, respectivamente (folios 476, 879, 882, 883 887 a 892 y 898 a 916).

6ª) En el momento de la detención se ocupa igualmente a Benjamín una cartilla de ahorros de la entidad la Caixa con la numeración NUM 012 (folio 485). Hecho admitido por Benjamín al folio 474 confesando que a tal cuenta Donato «le hizo un ingreso el 17-2-00 de 50.000 pesetas a cuenta de los datos que el declarante tenía que facilitar durante el presente mes de febrero (folios 474, 475 y acta de juicio).

Ingreso que es confesado igualmente por Donato al folio 723 vuelto. Figurando el número de tal cuenta de Benjamín en la agenda ocupada a Donato (folio 690).

7ª) Las personas y empresas que fueron solicitados sus datos por Germán y Donato a Benjamín por el teléfono móvil intervenido NUM 005 fueron todas consultadas por el último a través del sistema informático de la Seguridad Social (folios 400 a 430 y 764 a 767).

8ª) Aparece documentado a los folios 39, 40 y 433 que Benjamín efectuaba un número de consultas al sistema informático de la Seguridad Social que era muy superior al resto de los funcionarios destinados en el mismo CAISS Estimándose que el volumen medio de accesos por funcionarios era de 120 a 180 consultas mensuales, mientras que el promedio de consultas de Benjamín era de 1.150 mensuales. Precisándose que no hay causa objetiva que justifique tal volumen (folio 39), esto es no hay soporte documental que explique la mayor parte de tales consultas.

Hecho que es confesado por Benjamín a los folios 476 y 476, afirmando que «suele realizar al mes unas 1.000 consultas, de las cuales de su función propio como funcionario puede ser unas 500 o 600, siendo las otras restantes las que realiza para los hermanos Germán y Donato».

9ª) En el registro efectuado en el CAISS en que está destinado Benjamín, en concreto en el cajón su mesa de trabajo, se intervino una carpetilla marrón conteniendo impresos en blanco para rellenar solicitudes de petición de datos y otra carpetilla azul con la leyenda «Vasem, Asesores de Empresa» (folio 456 vuelto), que es el nombre bajo el que desempeña su actividad Germán, tal como resulta de las tarjetas que fueron ocupadas a éste en el registro de su domicilio, incorporadas a la agenda negra que constituye una de las piezas de convicción de la presente causa.

Confesando Benjamín al folio 477 «que esos ingresos se los facilitó Germán para cuando éste le pidiera datos, él rellenárselos y facilitarlos así, si bien el declarante los utiliza poco, ya que para no perder tiempo en rellenarlos a mano, los datos, se los facilita directamente en el listado que sale de la impresora de su lugar de trabajo».

10ª) En el registro efectuado en la casa de Germán fueron encontrados, entre otros, los siguientes efectos, tal como consta a los folios 453 a 456.

- Listados informáticos de la Seguridad Social consultados por Benjamín, aun cuando la parte de los listados que revelan que él era el usuario-consultante se encontraban en una papellera que allí había, siendo igualmente intervenidos.

- Diversas carpetillas con el rótulo «Vasem, Asesores de Empresa», en una de las cuales y a bolígrafo pone Luis Francisco, apellido que aparece en las intervenciones telefónicas como uno de los presuntos destinatarios de los

datos que Germán pedía a Benjamín. Conteniendo nombres de empresas, DNI y listados informáticos.

- En la agenda negra que fue intervenida, aparte de figurar numerosas tarjetas con el rótulo de «Vasem, Asesores de Empresa» y alguna de ellas, además, el nombre de Germán, figura en el apartado QR la anotación de Benjamín y a continuación la indicación «TRABAJO S/S NUM013» (teléfono correspondiente al CAISS de Colmenar Viejo), que revela conocía que trabajaba en la Seguridad Social como indica la abreviatura S/S. Añadiendo a continuación «MOVIL NUM 005», teléfono correspondiente a Benjamín y que fue objeto de intervención efectiva. Figurando igualmente anotado en la citada agenda «Luis Francisco», con una dirección y un teléfono. Siendo éste el apellido al que ya antes se hizo mención.

- Un folio suelto conteniendo listado con el nombre de usuario Benjamín.

- Un archivador conteniendo listado a mano de personas y entidades bajo el epígrafe «CTA. Benjamín (Benjamín)», en número de 68, las cuales, a excepción de 4, habían sido consultadas por Benjamín a través del sistema informático de la Seguridad Social (folios 860 a 874 y correspondiente pieza de convicción).

11ª) En el registro efectuado en el despacho de Donato le fueron intervenidos, entre otros, los siguientes efectos, tal como consta a los folios 595 y 596.

- Se encontraron diversos documentos conteniendo diversos nombres, que fueron consultados por Benjamín a través del sistema informático de la Seguridad Social (folio 776 y 782).

- Facturas de la compañía Airtel dirigida a la empresa para la que trabaja Donato, Winterman Solvimar SA, donde se detallan los conceptos facturados al teléfono móvil NUM011, que es el que Benjamín, como confiese, llamaba a Donato (folio 476). Figurando llamadas efectuadas, en el período 1-12 a 31-12-99, el teléfono móvil NUM005, que fue intervenido en este procedimiento (folios 629 a 634).

- Se le ocupa a Donato el teléfono móvil, marca Motorola, NUM011, antes citado, en cuya memoria de las últimas diez llamadas efectuadas, figuraba en pantalla «Benjamín -Madrid-Nº NUM005», teléfono perteneciente e intervenido a Benjamín (folio 777), el cual recibió dos llamadas de Donato antes de procederse a la detención de aquél (cinta 10).

- En la agenda telefónica ocupada a Donato aparece en la hora R la anotación «Benjamín- Caixa NUM012», que es el número de la cuenta de ahorro al que Donato efectuó ingreso de 50.000 pesetas, con fecha 17-2-00, tal como confiesan Benjamín y Donato (folios 474, 475 y acta de juicio). Añadiendo el teléfono «NUM014», que es el correspondiente al CAISS de Colmenar Viejo, donde estaba destinado Benjamín.

12ª) El testimonio de los funcionarios policiales NUM007, NUM 008 y NUM 009, que en juicio relataron, de manera amplia clara y precisa, las investigaciones que efectuaron, el resultado de las mismas y de los registros que hicieron con autorización judicial y ante la presencia de secretaria de tal carácter.

Conjunto, pues, probatorio de signo inequívocamente incriminatorio y desvirtuador del principio de presunción de inocencia, al constituir prueba plena y absoluta de la participación y responsabilidad criminal de los acusados.

SEPTIMO No siendo de apreciar la alegación de error vencible que hace la defensa de Benjamín, con cita del artículo 14.1 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), pero sin indicación alguna de en que la fundamenta. Debiendo recordarse que es reiterada y pacífica la doctrina en orden a exigir que corresponde la carga de la prueba del error a quien lo alega. Acreditación de parte que no sólo falta, sino que la valoración de todo lo actuado y la ponderación de que el citado acusado conoce, por formación y por su propia función, el carácter reservado de los datos o información que contiene el sistema informático de la Seguridad Social, excluye el desconocimiento de la naturaleza de la información que divulgó, como consulta de manera inequívoca del informe del CAISS de Colmenar Viejo obrante al folio 979, así como la ignorancia de la relevancia delictiva de su conducta, pues es una obviedad y así lo confiesa Benjamín al folio 490, que «conocía que era delictivo pasar este tipo de información».

OCTAVO En la realización de dichos delitos no han concurrido en la conducta de los tres acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No siendo de apreciar la eximente incompleta de estado de necesidad alegada por la defensa, ya que el mismo, tanto en su vertiente completa como incompleta, requiere como presupuesto necesario e imprescindible la existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos y, además por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal OCTAVO situación por vías lícitas (SSTS 27-3 [RJ 1990\2632] y 6-11-90 [RJ 1990\8673], entre otras muchas).

Presupuestos que no concurren en quien tiene, en su calidad de funcionario, un trabajo y una remuneración asegurada con la que atender sus necesidades y cargas familiares, cuantificadas éstas, en supuestos de separación y divorcio, en relación a tales ingresos. No cabiendo confundir dificultades económicas con supuestos de penuria e indigencia económica. Ello sin perjuicio de las posibilidades que tenía de realizar una prolongación de jornada laboral en horario de tarde, si es que quería o precisaba aumentar sus ingresos.

Subvenir a las, propias necesidades, en este caso meras conveniencias, no justifica que el funcionario se corrompa y efectúe una conducta atentatoria a la intimidad de los ciudadanos.

NOVENO Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente a los fines de

reparar su efectos. Entendiéndose impuestas las costas a los responsables criminales, con expresa inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Vistos los artículos de pertinente aplicación de la Constitución (RCL 1978\2836), Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), Ley Orgánica 15/1999 (RCL 1999\3058), Ley General de la Seguridad social (RCL 1994\1825) y Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16).

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Benjamín como responsable, en concepto de autor, de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de revelación de secretos o información, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por el primer delito, de 4 años de prisión, multa de 5.000.000 de pesetas (30.050,6 euros) e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y 6 meses; y a la pena, por el segundo delito de 3 años de prisión, multa de 15 meses, con una cuota diaria de 6 euros (2.700 euros total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público por un tiempo de 2 años. Imponiéndole, por ambas infracciones penales, dos sextas partes de las costas procesales, con expresa inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Igualmente debemos condenar y condenamos a Germán a Donato como responsables, en concepto de autores, de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de revelación de secretos o información ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por el primer delito, de 4 años de prisión, multa de 5.000.000 de pesetas (30.050,6 euros); y a la pena, por el segundo delito, de 3 años de prisión, multa de 15 meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros (2.700 euros total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público por un tiempo de 2 años. Imponiéndoles, a cada uno de ellos y por ambas infracciones penales, el pago de dos sextas partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abona a los condenados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, de no haberles sido ya de abono en otras.

Se aprueba el auto de solvencia dictado por el señor instructor respecto de Donato.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente. Estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.

Disposiciones Estudiadas:

Constitución de 27 diciembre 1978.CONSTITUCION ESPAÑOLA (RCL 1978\2836)

- Art. 18.2

- Art. 18.3

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre.CÓDIGO PENAL (RCL 1995\3170)

- Art. 14.1

- Art. 20.5º

- Art. 417.2

- Art. 419

- Art. 423.1

- Art. 74

Afectado por:

- Casada. SentenciaTS 07 diciembre 2004. (RJ 2005\469)

Voces:

ESTADO DE NECESIDAD
SUPUESTOS DIVERSOS
No debe estimarse:
[F. 8]

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS

Figuras delictivas

Secretos de un particular

Debe estimarse

Funcionario del INSS que proporciona datos personales contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social relativos a particulares o empresas a cambio de una retribución económica que recibe durante un delimitado período de tiempo: delito continuado:

[F. 5 C]

COHECHO

Figuras delictivas

Solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto que constituya delito

Debe estimarse

Funcionario del INSS que proporciona datos personales contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social relativos a particulares o empresas a cambio de una retribución económica que recibe durante un delimitado período de tiempo: delito continuado:

[F. 5 A]

COHECHO

Figuras delictivas

Dádivas o promesas para corromper a las autoridades o funcionarios públicos

Debe estimarse

Ofrecer dinero a funcionario del INSS para que les proporcione datos personales contenidos en el sistema informático de la Seguridad Social relativos a particulares o empresas durante un delimitado período de tiempo: delito continuado:

[F. 5 B]

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Inviolabilidad del domicilio

Vulneración

No debe estimarse

Registros efectuados por la secretario judicial, con asistencia de funcionarios policiales, con presencia del interesado y autorizados judicialmente:

[F. 4]

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Intervención telefónica

Doctrina general

Requisitos:

[F. 2]

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Intervención telefónica

Vulneración

No debe estimarse

Acordada por auto motivado, siendo controlada judicialmente:

[F. 2]

DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO

Vulneración

No debe estimarse

No es necesaria la asistencia de letrado para la entrada y registro del domicilio del acusado:

[F. 4]

ERROR

De tipo

Vencible

No debe estimarse

(..)

[F. 7]

PRESUNCION DE INOCENCIA

Pruebas válidas para enervarla

Intervenciones telefónicas

Control judicial

Supuestos diversos

Carecen de valor probatorio si las intervenciones telefónicas y las transcripciones policiales que de ellas se hacen no se llevan a la contradicción del juicio:

[F. 3]

Notas de Redacción:

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales. Editorial Aranzadi no se hace responsable de los errores que en materia de Protección de Datos de Carácter Personal pudiera adolecer esta versión oficial.